

Consulta previa indígena y el proyecto de ley de patrimonio cultural

Boletín N° 12.712-24

Matías Meza-Lopehandía
SUP121873

Sinopsis

- ¿Qué es la consulta previa indígena?
- Consulta previa indígena y medidas legislativas
- Práctica legislativa

Consulta previa indígena

Norma matriz:

Artículo 6 Convenio 169 de la OIT

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; [...]

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

Consulta previa indígena

- Mecanismo de diálogo intercultural entre el Estado y la organizaciones indígenas representativas
- Orientado a alcanzar un acuerdo
- Novedad en el ordenamiento jurídico chileno (C169):
 - ➔ Ley de Desarrollo Indígenas: recabar opinión (art. 34), Consejos Indígenas (art. 46)
 - ➔ Tribunal Constitucional: "diferencia esencial" por su finalidad (rol 309-2000)

Consulta previa indígena

Objetivos

- Garantizar participación indígena
- Proteger derechos e intereses indígenas en un contexto de diversidad cultural

Características

- Es previa
- De buena fe
- Proceso continuo
- Bidireccional
- Orientado al acuerdo

Consulta previa indígena

Susceptibilidad de afectación directa

Afectación eventual

- Posibilidad de afectación, no certeza (Relator, disidentes TC sentencia UPOV, doctrina)
- Causa directa de un impacto: Decreto Supremo 66; TC sentencia UPOV

Afectación directa y específica

- Especificidad de afectación \neq exclusividad de afectación
- Ejemplos del C169: autorización de explotación o exploración en subsuelo; regulación del dominio de la tierra; programas de educación bilingüe

Consulta previa indígena

Susceptibilidad de afectación directa

"La consulta se aplica incluso a medidas [...] legislativas de aplicación general, por ejemplo, con respecto a una nueva ley de pesca o de fomento forestal, cuando dichas medidas de algún modo *afecten de manera diferenciada a los pueblos indígenas* dadas sus condiciones y derechos específicos"

-Relator Anaya-

Consulta previa indígena

Patrimonio cultural indígena y afectación directa

Convenio 169 OIT

- ➔ Protección de bienes y cultura indígena (art. 4.1 y 5). Por ejemplo: protección sitios arqueológicos; patrimonio inmaterial.
- ➔ Protección del hábitat indígena (art. 13) y derecho a participar en utilización, administración y conservación de sus recursos naturales (art. 15.1). Por ejemplo: protección del paisaje cultural.
- ➔ Derecho a participar en organismos administrativos responsables de políticas que les conciernan, "por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población" (art. 6.1.b). Por ejemplo: Consejo Nacional y consejos regionales

Consulta previa indígena

Patrimonio cultural indígena y afectación directa

Declaración de NN.UU sobre Pueblos Indígenas

- ➔ Derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar:
 - Su patrimonio cultural (art. 31)
 - Sus lugares arqueológicos e históricos (art. 11)
 - Sus lugares religiosos y culturales (art. 12.1)

- ➔ Derecho a acceso a objetos de culto y restos humanos (art. 12.2)

Consulta previa indígena

Medidas favorables para protección de la cultura

- ➔ No deben adoptarse en contra de los deseos libremente expresados por los pueblos indígenas (art. 4.2)
- ➔ ¿Requieren consulta?
 - Reconocimiento constitucional y nueva institucionalidad indígena han sido consultadas
 - Ley N° 21.151 que reconoce a los afrodescendientes chilenos como pueblos tribal no fue sometida a consulta propiamente tal, pero sí a audiencias públicas.

Medidas legislativas

→ Previa:

- Ante-proyecto
- Proyecto de ley
- Indicaciones: práctica legislativa y opinión Subsecretaría Servicios Sociales en proyecto de ley Código de Aguas

→ Continuo:

- "En todas las fases del proceso de producción normativa" (Relator Anaya)
- Consulta del Ejecutivo no descarga deber del Legislativo (Relator Anaya)

Medidas legislativas

Sujeto obligado a consultar

➔ Gobiernos, no los privados

➔ ¿Poder legislativo?

- Relator: carácter continuo de la consulta
- TC: C169 modificó la LOC del Congreso; Congreso debe regular su propio procedimiento
- OIT: no bastan las audiencias en Comisión

Práctica legislativa

Criterios

1. Proyectos dirigidos específicamente a indígenas
2. Proyectos generales que contienen disposiciones específicas dirigidas a indígenas
3. Proyectos generales que pueden afectar elementos esenciales para los indígenas

1. Proyectos dirigidos a indígenas

Proyecto	Texto consultado	Materias tratadas
Reforma constitucionnal 2007	Texto aprobado en general Senado	Reconocimiento constitucional
Nueva institucionalidad indígena	Ante-proyectos	Creación de Ministerio Creción de Consejos de Pueblos Indígenas (organización interna, atribuciones, etc)
Modificación Ley N° 19.253	Propuestas de modificación [suspendido]	Modificaciones al estatuto de las tierras indígenas, persona indígena y comunidades y asociaciones indígenas

2. Proyectos generales con disposiciones específicas

Proyecto	Texto consultado	Materias tratadas
Reforma Código de Aguas	No consultado [en tramitación]	Criterio DGA: transferencia y gravamen entre comunidades indígenas, regularización de aguas indígenas, excención de pago patentes a indígenas
Nueva Constitución	Temas emanados del proceso constituyente indígena	Reconocimiento constitucional, derechos lingüísticos, derechos territoriales, participación política y representación diferenciada
Patrimonio Cultural	No consultado [en tramitación]	Criterio SSSS: Organización de la administración no afecta directamente No se hace diferencias con población no indígena

3. Proyectos generales sin disposiciones específicas

a. Sin consulta previa

Proyecto	Materias tratadas	Criterios en discusión
UPOV 91	Plazos de protección de nuevas variedades Protección frente a uso ilegal de nuevas variedades Protección provisional y excepciones	Relación especial con tierras y cultivo (organizaciones, disidencia TC) Carácter general de las disposiciones (TC)
Ley General de Pesca	Regulación del acceso al recurso pesquero	Regulación de acceso a recurso esencial para pueblos indígenas (organizaciones) Carácter general de disposiciones (Ejecutivo)
Servicio Nacional Forestal	Creación del servicio y sus atribuciones y competencias	ASAP pueden superponerse a territorio indígena Carácter general de disposiciones (Ejecutivo) Organización de la administración no afecta directamente (Ejecutivo)

3. Proyectos generales sin disposiciones específicas

b. Con consulta previa

Proyecto	Texto consultado y materias	Criterios
Ministerio de las Culturas	Indicación sustitativa Materias: creación de nueva institucionalidad	Configuración de la administración pública puede afectar directamente (participación indígena)
Servicio de Biodiversidad	Borrador indicación sustitativa Materias: sitios prioritarios, instrumentos de conservación, instrumentos económicos de conservación	ASAP pueden superponerse a territorio indígena (Ejecutivo) Prácticas indígenas relevantes para conservación biodiversidad (Ejecutivo) Se incorporó participación indígena (no estaba entre materias consultadas)
Reforma constitucional territorios especiales	Ante proyecto Materias: Isla de Pascua y Juan Fernández como territorios especiales Restricción de derecho a la residencia	Afectación de territorio pueblo maori rapa nui

Práctica legislativa

Síntesis

- ➔ Proyectos dirigidos a indígenas se consultan, incluidos favorables (excepción pueblo afrochileno)
- ➔ Disposiciones dirigidas a indígenas se consultan
- ➔ Disposiciones generales que pueden afectar a pueblos indígena: criterios dispares



Fin presentación